

بار اثبات دلیل در فقه و امور مدنی

علی اژدری^۱

چکیده

« بار اثبات دلیل » قاعده‌ی بسیار معروفی است که در دادرسی‌های جهان و نظام‌های حقوقی معتبر از جمله نظام اسلام و رومی - ژرمن اجراء می‌شود. این قاعده در حقوق فرانسه در ماده‌ی ۱۳۱۵ قانون مدنی که قلمرو عام دارد تصریح شده است. در حقوق اسلام نیز آنچه که در فقه مشهور و مورد عمل رسول اکرم (ص) و ائمه اطهار (ع) بود قاعده‌ی « البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر » می‌باشد که این قاعده اکنون در ماده‌ی ۱۲۵۷ قانون مدنی و ماده‌ی ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، صریحاً منصوص شده است. بر پایه‌ی قاعده‌ی « بار اثبات دلیل » هر کس مدعی حقی است باید ادعای خود را اثبات نماید؛ تفاوتی نمی‌نماید که خواهان یا خوانده‌ی دعوا باشد. بنابراین فراهم آوردن و ارائه‌ی دلیل برعهده‌ی مدعی و یا به تعبیر دیگر « بار اثبات دلیل بر دوش مدعی است ». پس از آن که مدعی دلیل آورد، تکلیف اثبات خلاف بر دوش مدعی علیه می‌افتد که ناراستی ادعا را با دلیل و اظهارات موجه از نظر مرجع رسیدگی، بر کرسی نشاند. در این مقاله به پیشینه تاریخی قاعده بار اثبات دلیل، شیوه‌ی اجرا و مجرای آن پرداخته شده است و از سوی دیگر، بر قاعده‌ی مزبور استثنائاتی وارد است که باید مورد اشاره قرار گیرد.

کلیدواژه: اثبات، ثبوت، دلیل، دعوا، قاعده البینه، بار اثبات.

۱ - علی اژدری، مربی گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مهاباد، ایران، مهاباد.

مقدمه

مسأله‌ای که در دادرسی‌ها کمال اهمیت را دارد آن است که بار اثبات دلیل بر عهده‌ی کیست؟ پاسخ این پرسش در ماده‌ی ۱۲۵۷ ق.م.، چنین آمده است: «هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر به عهده‌ی او است». این حکم مشتق و مأخوذ از قاعده‌ی «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» است و مأخذ قدیم‌تر آن را باید در حقوق روم تحت عنوان «actori incumbit onus probandi» جستجو کرد آنچه از ظاهر این جمله بر می‌آید آن است که هرکس دعوایی اقامه کند بار اثبات دلیل بر دوش اوست اما منظور این نیست که تکلیف اثبات منحصراً متوجه او بوده و مدعی علیه به کلی معاف است البته بار اثبات از مدعی شروع می‌شود و او باید صحت امور مستند ادعای خود را به اثبات برساند. بنابراین، صفت مدعی یا مدعی علیه در مسأله بار اثبات دلیل کمتر دخالت داشته مناط بیشتر نوع و کیفیت اظهار و عنوانی که در دادگاه می‌شود. بار اثبات دلیل و به اصطلاح حقوق روم «onus probandi» متوجه آن طرفی است اعم از مدعی یا مدعی علیه که در خلال دادرسی، اظهار و عنوانی خلاف حالت موجود و عادی کرده یا یک وضع و حالت حادث و مسلمی را بخواهد به اصطلاح دگرگون نماید به تعبیر دیگر تکلیف اثبات ادعا بر عهده‌ی کسی است که مدعی خلاف اصل یا خلاف امارات یا خلاف ظاهر و بالاخره مدعی سقوط حق ثابت شده یا انتقال آن باشد.

۱- واژه شناسی تحقیق

۱-۱- اثبات^۱

اثبات بر وزن افعال، لفظ عربی از ریشه‌ی ثَبَت است. در فرهنگ المعجم الوسیط اثبات این گونه تعریف شده است: «استوار و ثابت شدن» (انیس و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۱۹۳) و نویسنده‌ی فرهنگ المنجد آنرا چنین معنی کرده است: «ابرام، تأیید، گواه، قرار دادن، نوشتن، ثابت گرداندن» (معلوف، ۳۸۲، ص ۲۰۰) و صاحب المصباح المنیر (فیومی، ۱۴۲۵ هـ. ق، ص ۸۰) آنرا به معنای «دوام یافتن و مستقر شدن» بیان کرده،

1 - substantiation- proof

در فرهنگ حقوقی Black's Law نیز واژه " proof " به معنای «ثابت نمودن یک امری با شاهد و دلیل آمده است.» و نیز در فرهنگ های فارسی دهخدا، معین، عمید، به معنای « ثابت گردانیدن، پا برجای کردن، ثابت کردن وجود امری، به ثبوت رساندن چیزی و ... » ذکر شده است. در اصطلاح فقهی مرحله‌ی علم به چیزی را مرحله‌ی اثبات آن چیز می‌نامند و اثبات در مقابل ثبوت به کار می‌رود و البته باید این دو را از هم تفکیک نمود و از نظر اصطلاح علم حقوق، اثبات در دو مفهوم به کار گرفته می‌شود، اثبات به معنای عام آن اقامه‌ی دلیل بر حق یا بر واقع‌ای از وقایع است و به معنای خاص اقامه‌ی دلیل نزد محکمه به طریقی است که شریعت در حقّی یا واقع‌ای معین مقرر کرده است که بر این اقامه دلیل آثار حقوقی مترتب شود.

۱-۲ - ثبوت^۱

ثبوت: بر وزن فَعُول، کلمه‌ی عربی از ریشه‌ی ثَبَت است. در فرهنگ لاروس این چنین تعریف شده است: «ثابت شدن و تحقّق امری». (خلیل جر، ۳۸۲، ص ۶۹۱) و فرهنگ المعجم الوسیط آن را چنین معنی کرده است: «پا بر جای ماندن، بر جای ماندن، قرار گرفتن» و نیز فرهنگ‌های فارسی دهخدا، معین، عمید، به معنای «ایستادن، بر جای ماندن، استوار یافتن، تحقّق و ثابت شدن امری با دلیل و برهان» آورده است. در اصطلاح فقهی، ثبوت در مقابل اثبات به کار می‌رود و به معنای مرتبه‌ی وجود خارجی موجودات است به عبارتی اشاره به وجود هر چیز در واقع و نفس الامر، صرف نظر از علم و جهل انسان دارد. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۴۹۶). در اصطلاح حقوقی، ثبوت مرحله‌ای وجود واقعی حق است در این مرحله، واقع را چنانکه هست دریافته‌ایم و در پی تحلیل تفسیر عناصر مادی و احکام آن هستیم تا نهاد حقوقی را، به عنوان مجموعه‌ای از رابطه‌ی اجتماعی و قواعد محیط بر آن، در یابیم. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۳).

1- ascertaining permanence postiveness

۱-۳- دلیل^۱

دلیل در لغت به معنای راهنما، رهنمون و حجت به کار رفته است. در حقوق مدنی ایران در جلد سوم قانون مدنی (باب ادله اثبات دعوی) تعریفی از دلیل ارائه نشده است؛ اما در ماده ی ۱۹۴ ق.آ.د.م، مصوب ۱۳۷۹ دلیل چنین تعریف شده است: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می نمایند». این تعریف از آن جهت که ادله ی راساً استنادی توسط قاضی را در بر نمی گیرد، قابل انتقاد به نظر می رسد (عمروانی، ۱۳۹۰، ص ۶). به هر حال با توجه به تعریف دلیل در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، از بیان تعاریف متعدد فقها و حقوقدانان در این خصوص خودداری نموده (جهت دیدن مشروح نظرات رجوع شود، جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲، ص ۶۴) و صرفاً به این نکته اشاره می شود که با توجه به تعریف مذکور، دلیل در عرف حقوقی معنای مضیقی داشته و امری است که کاربرد آن در دادگاه یا سایر مراجع حل اختلاف (به طور کلی در مراجع قضائیتی) و در زمان طرح یا دفاع می باشد.

۲- بار اثبات دلیل^۲

بار اثبات دلیل قاعده ی بسیار معروفی است که در محاورات دادرسی های داخلی و بین المللی جا افتاده است. (خلیلیان، ۱۳۸۲، ص ۱۲۳) مطابق این اصل، علی القاعده هر کس مدعی حقی است باید ادعای خود را ثابت کند، یعنی اثبات دلیل بر عهده ی مدعی است و پس از آن که مدعی دلیل آورد، تکلیف اثبات خلاف آن بر دوش مدعی علیه می افتد که ناراستی ادعا را با دلیل و اظهارات موجه از نظر مرجع رسیدگی، بر کرسی نشاند. به گفته ی دیگر، اصطلاح رایج بار اثبات دلیل، به معنای وظیفه ی اثبات نهایی در یک دادرسی است که باید برای راست بودن مطلبی یا مسأله ای دلیل آورده شود چندان که قانون لازم شمرده است. پس نتیجه آن که یک دیوان قضایی یا داور یا داور چون با فقدان دلیل به سود یا زیان موضع اتخاذ شده از سوی خواهان روبرو می شود ناگزیر به راندن حکمی بر بی حقی مدعی خواهد گردید

1- Evidence - proofs

2- Burden of proof

بنابراین مشخص نمودن این که بار اثبات دلیل بر عهده‌ی کیست؟ در نظام‌های حقوقی مانند ایران، که علی‌الاصول، قاضی را در این خصوص منفعل می‌داند فایده‌های عملی بسیار مهمی دارد، زیرا چنانکه گفتیم طرفی که بار اثبات دلیل بر دوش اوست اگر نتواند حق خود را اثبات کند، در دعوا محکوم می‌شود در مقابل رقیب او که وقوع حادثی را انکار می‌کند لازم نیست کاری انجام دهد و برای ردّ ادّعا در پناه انکار خود قرار می‌گیرد. پس دادگاه در موضع شک باید علیه مدّعی رأی صادر کند.

قانون مدنی از عبارت «مدّعی» و «مدّعی علیه» در ماده‌ی ۱۲۵۷ سخن می‌گوید و شخص اول را، متولی و مسؤول اثبات واقعه و ارائه دلیل می‌داند. در حقیقت با شناخت مدّعی است که قاعده‌ی بار اثبات دلیل روشن می‌گردد و «مدّعی علیه» به خودی خود، وضعیت حقوقی مجزایی ندارد تا برای شناخت او نیز به اصول و قواعدی متمسک شد. از این رو در ماده‌ی ۱۲۵۷ ق.م.، پس از اشاره به مدّعی، بیان می‌کند «... مدّعی علیه هر گاه در مقام دفاع مدّعی امری شود که محتاج دلیل باشد اثبات امر به عهده‌ی او است» و این عبارت نشان می‌دهد ملاک و قاعده‌ی اصلی برای تعیین مسؤول اثبات و ارائه‌ی دلیل، شناخت شخص مدّعی است و در این راه هر پدیده‌ی حقوقی و اجتماعی را باید جداگانه بررسی کرد (خدابخشی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۹). در عین حال تمیز مدّعی از منکر همواره آسان نمی‌باشد و گاه با پیچیدگی‌هایی رو به رو می‌شود و بنابراین مشخص نمودن مدّعی و مدّعی علیه و به تبع آن بار اثبات دلیل می‌تواند در نتیجه‌ی دعوا تأثیر بنیادین داشته باشد. در حقوق مدنی، قواعد و اصولی برای تعیین مسؤولیت اثبات، ارائه شده و نویسندگان به تفصیل، چهره‌ی مدّعی و مدّعی علیه را روشن نموده‌اند. ولی در این که، آیا این قواعد در حقوق کیفری نیز اعمال می‌شوند؟ حقوقدانان چندان آن را مورد بحث و بررسی قرار نداده‌اند، و در تحقیق حاضر چون موضوع بحث ما، بار اثبات دلیل در امور مدنی است ما نیز چندان به آن نمی‌پردازیم، علی‌ای‌حال یکی از نویسندگان (گلدوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۲) در این زمینه چنین می‌گوید: «مطالعه‌ی بار دلیل و نحوه‌ی تحصیل و کاربرد آن، بیانگر این مطلب است که بر حسب این که در قلمرو حقوق جزا و یا حقوق خصوصی باشیم، موقعیت دلیل متفاوت است». و نیز گفته است: «بار دلیل در امور جزایی به عهده‌ی مرجع قضایی است زیرا که مکلف است به وقوع جرم استناد نماید. در صورتی که در امور مدنی ارائه‌ی دلیل به عهده‌ی شخصی است که وقوع امری را مورد استناد قرار می‌دهد. ولی به خاطر حمایت از حقوق شخص تحت تعقیب (متهم)، بار دلیل در حقوق جزا سنگین تر از بار دلیل در حقوق مدنی است».

این سخن هاله‌ای از حقیقت را دارد و به خصوص وقتی از سنگینی بار اثبات دلیل در امور جزایی صحبت می‌کند، به اصل استقلال حقوق کیفری نزدیک می‌گردد و مورد پذیرش است. ولی اگر به معنی نفی قواعد عام حقوق مدنی در مورد مسؤلیت اثبات وقایع باشد، قابل پذیرش نیست؛ جرم و همه‌ی تأسیسات جزایی، اموری مستقل و جدا از سایر پدیده‌های حقوقی نیست. این امور یا تحت قواعد عام مورد بررسی قرار می‌گیرند و ادعای آنها، شخص را در معرض مدعی قرار می‌دهد و یا نظام حقوقی از شخص حمایت می‌کند و او را در مقام مدعی علیه می‌گذارد. هر چه قدر بر سنگینی بار اثبات یا اصل احتیاط در امور کیفری و نظیر آن استناد شود، هرگز نافی معیار مدعی و مدعی علیه و اثبات امور بر عهده‌ی مدعی نخواهد بود. (خدابخشی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۹).

۳ - پیشینه‌ی تاریخی

پیشینه‌ی تاریخی قاعده‌ی «بار اثبات دلیل» به حقوق روم قدیم برمی‌گردد و نخستین بحث منسجم علمی در این زمینه در حقوق روم صورت گرفته است (متین دفتری، ۱۳۸۱، ص ۳۵۰). در حقوق روم قاعده‌ی بار اثبات دلیل با عنوان «*actori incumbit onus probandi*» آمده است، و ظاهر این جمله آن است که هرکس دعوایی اقامه کند بار اثبات دلیل بر دوش اوست، اما مراد این نیست که تکلیف اثبات منحصرأ متوجه او بوده و مدعی علیه به کلی معاف است بلکه ادای تکلیف اثبات منحصرأ از مدعی شروع می‌شود و او باید صحت امور مستند ادعای خود را به اثبات برساند. در حقوق فرانسه نیز، قاعده‌ی «بار اثبات دلیل» در ماده‌ی ۱۳۱۵ ق.م.، با این مضمون آمده است: «هر کس که اجرای تعهد را مطالبه می‌کند، باید آن را اثبات کند، متقابلاً هر کسی که مدعی برائت ذمه‌ی خود است، باید ایفای تعهد یا امری که موجب سقوط تعهد او شده است را اثبات کند»^۱ از نظر بحث تاریخی در حقوق اسلام نیز قاعده‌ی «بار اثبات دلیل» تحت عنوان قاعده‌ی «*البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر*» آمده است. گاهی منطوق این قاعده و بیشتر مضمون آن در روایات متعددی از پیامبر اکرم (ص) و ائمه‌ی معصومین (ع) نقل شده است، ولی تتبع انجام شده نشان می‌دهد که این جمله از تأسیسات اسلامی نمی‌باشد، بلکه

1-"celui qui reclame l'exécution d'une obligation doit la prouver réciproquement celui qui se pretend libere doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation "

روش رایج عقلایی قبل از اسلام بوده و مورد امضای اسلام قرار گرفته است. (محقق داماد ، ۱۳۸۱ ، ص ۵۳). در حقوق ایران ، استقرار رژیم مشروطیت و به دنبال آن تأسیس عدالتخانه را می توان نقطه‌ی آغاز توجه قانونگذار ایران به قاعده‌ی « بار اثبات دلیل » دانست که نخستین بار در ماده‌ی ۵۶ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ هـ.ق. ، چنین پیش بینی شده بود : « مدعی باید ادعای خود را ثابت کند و مدعی علیه که اعتراض می کند باید اعتراض خود را مدلل سازد و الا اعتراض او منشاء اثر نیست ». و بعد در ماده‌ی ۱۲۵۷ ق.م. ، (جلد سوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ هـ.ش.) بدین مضمون بیان گردید : « هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر به عهده‌ی اوست » این حکم نیز ظاهراً از ماده‌ی ۱۳۱۵ قانون مدنی فرانسه ، اقتباس شده است . سپس در بند ۱ ماده‌ی ۲۴ قواعد دیوان داوری ایران و آمریکا مصوب ۱۳۵۹ هـ.ش ، چنین آمده است : « هر یک از طرف ها مسؤول اثبات واقعیاتی است که در تأیید ادعا یا دفاع بدان استناد کرده است » (محبی ، ۱۳۷۸ ، ص ۳۲۹). و نهایتاً در ماده‌ی ۱۹۷ ق.آ.د.م. ، مصوب ۱۳۷۹ چنین پیش بینی گردید : « اصل برائت است . بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند در غیر این صورت ، با سوگند خوانده ، حکم برائت صادر خواهد شد » .

۴ - دلیل و نقش اصحاب دعوا

هرگاه سخن از دلیل و نقش اصحاب دعوا می شود ، این قاعده متبادر به ذهن می شود که «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» ، یعنی بار اثبات دلیل به دوش آن است که ادعا می نماید . پس ، این قاعده و شیوه‌ی اجرا ، و مجرای آن باید بررسی شود . از سوی دیگر ، بر قاعده‌ی مزبور استثنائاتی وارد است که باید مورد اشاره قرار گیرد .

۴-۱ - قاعده - بر دوش مدعی بودن بار اثبات دلیل

بر پایه‌ی قاعده‌ی «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» مدعی باید ادعای خود را اثبات نماید ، یعنی حق با کسی است که اجرای آن را از دادگاه می خواهد . اثبات حق به احراز واقعه‌ای بستگی دارد که خواهان باید برای آن دلیل بدهد ، این شخص را در اصطلاح «مدعی» یا معمولاً « خواهان » می نامند . به عنوان مثال ، کسی که ادعا می کند که از دیگری طلبکار است و بدهکار حق او را نداده است . در این

دعوا، کسی که به دادگاه رجوع کرده و تغییر وضع موجود را می‌خواهد باید دلیل بدهد، او باید ثابت کند که حقی بر عهده‌ی بدهکار است. بر عکس، آن که وقوع حادثی را انکار می‌کند، به طور معمول نیازی به دلیل آوردن ندارد و برای ردّ ادّعا در پناه انکار خود قرار می‌گیرد و هم او است که « مدّعی علیه » یا معمولاً « خواننده » نامیده می‌شود. با وجود این، ممکن است از منکر خواسته شود که برای تأیید موقعیت ممتازی که در دادرسی پیدا کرده است دلیلی بدهد و در فقه این دلیل سوگند است. قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸ هجری شمسی)، سوگند منکر را اجباری نکرده بود ولی قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، به خواهان فاقد دلیل حق می‌دهد که سرنوشت دعوا را منوط به سوگند خواننده کند. جلد سوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ه.ش، نیز، در کتاب پنجم سوگند را مقرر کرده است. منتهی، هنوز هم این حکم همانند قاعده‌ی « البینه علی المدّعی و الیمین علی من أنکر » در فقه در زمره قواعد عمومی نیست (عاملی، ۱۳۷۸ ه.ق، صص ۲۲۴ تا ۱۶۷: بجنوردی، ۱۴۱۹ ه.ق، صص ۱۰۸ تا ۷۱: مصطفوی، ۱۴۲۱، ه.ق، صص ۷۸ تا ۸۰) و رویه‌ی قضایی هم از آن استقبال نمی‌کند. ولی، اشکال در این است که گاه طرف دعوا نیز در مقام دفاع به اموری استناد می‌کند که نیازمند اثبات است: خواننده وجود طلب را می‌پذیرد ولی ادّعا می‌کند که آن را پرداخته، یا تصرف در ملک را قبول دارد لیکن مدّعی است که آن را تخلیه کرده یا از خواهان خریداری کرده است. ماده‌ی ۱۲۵۷ ق.م، اعلام می‌کند: «... و مدّعی علیه، هرگاه در مقام دفاع مدّعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر به عهده‌ی او است». هم چنین احتمال دارد مدّعی نخستین، برای ردّ دفاع خواننده‌ی دعوا به وقایع دیگری استناد کند که نیاز به اثبات دارد و ناگزیر است به مرجع قضاوتی دلیل بدهد. پس نمی‌توان ادّعا کرد که کسی که ابتدا به مرجع قضاوتی رجوع کرده همیشه عهده دار اثبات وقایع است. وصف مدّعی و منکر اعتباری و نسبی است و احتمال دارد هر دو وصف به اعتبارهای گوناگون در یک شخص جمع شود. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز به تبادل وصف مدّعی و منکر و انقلاب دعوا پرداخته است، که به شرح آن می‌پردازیم.

۲-۴ - انقلاب دعوا

خواهان پس از آنکه ادله‌ی خود را بر اثبات ادعا در دادرسی اقامه نمود، چنانچه آن ادله به نظر دادرس مثبت ادعای خواهان باشد، دادگاه خوانده را محکوم می‌نماید، مگر آنکه به وسیله ایرادات از طرف خوانده، مانند عدم صلاحیت دادگاه، مرور زمان و امثال آن، دادگاه دعوی خواهان را نپذیرد، و یا آنکه خوانده، دفاع ماهوی کند و به جهتی از جهات مدعی عدم استحقاق خواهان را گردد و آن را اثبات نماید. مثلاً در مورد حق عینی چنانچه کسی به استناد سند انتقال از طرف خوانده تسلیم مورد معامله را از او بخواهد و خوانده مدعی شود که مورد ادعا ملک اوست و معامله ادعایی خواهان به جهتی از جهات باطل است و یا در مورد حق دینی که کسی به وسیله‌ی سندی از دیگری مطالبه‌ی مبلغی را می‌نماید، خوانده ادعا کند که آن را پرداخته است. در هر یک از دو صورت بالا خوانده نسبت به ادعای خود مدعی می‌باشد و باید دلیل ادعای خود را ابراز و آن را اثبات کند. بدین نحو در یک پرونده‌ی مربوط به یک موضوع ممکن است چندین مرتبه هر یک از طرفین ادعای تازه نماید، و طرف منکر آن گردد و ناچار شود با ابراز دلیل، ادعای خود را اثبات کند. بنابراین در یک دعوا ممکن است چندین بار مدعی، مدعی علیه و مدعی علیه، مدعی گردد.

آنچه از گفتار بالا برمی‌آید آن است که هر ادعایی که در جریان دادرسی از ناحیه‌ی یکی از اصحاب دعوا به عمل می‌آید و طرف منکر آن می‌شود و این امر تأثیر در دادرسی دارد، باید دلیل بر اثبات آن را ابراز دارد و آلا آن ادعا پذیرفته نمی‌شود. بنابراین دادگاه به ادعای اصلی خواهان و به ادعای فرعی خوانده و ادعای مجدد خواهان که تأثیر در دعوا اصلی دارد، هر چند مرتبه که تکرار شود رسیدگی می‌نماید. این است که ماده‌ی ۱۲۵۷ ق.م.، می‌گوید: « هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر به عهده‌ی اوست » و نیز ماده‌ی ۲۷۵ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹، تبادل وصف مدعی و منکر و انقلاب دعوی را بدین گونه بیان می‌کند: « هرگاه خوانده در پاسخ خواهان ادعایی مبنی بر براءت ذمه از سوی خواهان یا دریافت مال مورد ادعا یا صلح و هبه نسبت به آن و یا تملیک مال به موجب یکی از عقود ناقله نماید، دعوا منقلب شده، خواهان خوانده و خوانده، خواهان تلقی می‌شود و حسب مورد با آنان رفتار خواهد شد ». حکم ماده‌ی فوق در عنوان

سوگند آمده است ، ولی واقعیت بیان شده اختصاص به سوگند ندارد و انقلاب دعوا در هر وسیله‌ی اثبات ممکن است رخ دهد و از قواعد عمومی است . (کاتوزیان ، ۱۳۸۰ ، ص ۶۴) .

۳-۴ - اجرای قاعده و اهمیت تشخیص مدعی از منکر

اجرای دقیق قاعده‌ی « بار اثبات دلیل بر دوش مدعی » است ، نه تنها شناسایی مدعی را در هر دعوایی ایجاب می‌نماید بلکه باید مشخص شود که این موضع او تا کجا ادامه دارد ؛ چون از آن پس ، طرف اوست که مدعی شمرده می‌شود . آن چه مسلم است مدعی ، علی القاعده ، مکلف است تمامی امور موضوعی را که وجود حق ادعایی مشروط به آنها است اثبات نماید . در عین حال تمیز مدعی از منکر همواره آسان نمی‌باشد و گاه با پیچیدگی‌هایی روبرو می‌شود . اهمیت تمیز «مدعی از منکر» از آن جا است که اشتباه در آن ، سرنوشت دعوا را معکوس می‌نماید ، زیرا هرگاه ، علی رغم ارائه‌ی دلیل ، دادگاه به یقین و یا ظن معتبر نرسد و درحالت شک باقی بماند ، این شک الزاماً علیه مدعی ، یعنی طرفی تمام می‌شود که بار اثبات دلیل را به دوش دارد . به سخن دیگر ، طرفی که بار اثبات دلیل بر دوش او است ، اگر نتواند حق خود را اثبات نماید در دعوا محکوم می‌شود . در مقابل ، رقیب او که وقوع حادثی را انکار می‌کند لازم نیست کاری انجام دهد و برای رد ادعا در پناه انکار خود قرار می‌گیرد . کافی است صبر نماید و تا وقتی ثابت نشود که موضع او غیر قابل دفاع است پیروز شمرده می‌شود . پس دادگاه در موضع شک باید علیه مدعی رأی صادر کند . بنابراین ، مشخص نمودن طرفی که بار اثبات دلیل بر دوش او است و به تبع آن تشخیص مدعی از منکر ، می‌تواند در نتیجه‌ی دعوا تأثیر بنیادین داشته باشد .

۴-۴ - معیار و ملاک تشخیص مدعی از منکر در فقه

فقیه از آن نظر که وظیفه‌اش استنباط احکام و تطبیق اصول بر فروع می‌باشد ، ناگزیر است از الفاظ و عناوینی که در لسان شرع موضوعات احکام واقع شده ، بحث و گفتگو کند و معنی و مفهوم چنین الفاظ و عناوین را روشن سازد تا در احکام متعلقه‌ی به آن موضوعات اشتباه و خللی وارد نگردد . به همین دلیل ، نیازمند است که مفهوم مدعی و منکر را مشخص کند تا در ترتب احکام و آثار ویژه بر هر یک از آنها با بصیرت باشد و از غلط و اشتباه مصون و محفوظ ماند ، زیرا در روایات مستفیضه وارد شده که یئنه بر مدعی و یمین بر مدعی علیه و منکر است . بنابراین بر عهده‌ی فقیه است که معیار شناسایی دو عنوان

مذکور را در دست داشته باشد تا هنگام قضاوت به کمک آن معیار و میزان و با الهام از قواعد شرعی، حکم به حق و عدل انشاء نماید. «اجتهاد» و «قضا» دو مقوله‌ی جدا اما نزدیک به هم است؛ یکی، نهایت تلاش در به دست آوردن احکام از منابع اسلامی و دیگری، تطبیق احکام به دست آمده بر موضوعات مورد منازعه و اختلاف مردم است. فلذا دست‌آوردهای فقها در تشخیص مدعی و منکر دادرسان را در علم قضاوت یاری خواهد کرد. درباره‌ی این که مدعی و منکر کیست؟ اختلاف نظرها فراوان است. (برای دیدن مشروح اختلاف نظرها به صورت یک جا، نک، کیدری، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۲۶۲؛ شهید اول، سال ۱۴۱۴ هـ.ق، ص ۸؛ حلی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ص ۴۸۱؛ مروارید، ۱۴۱۲ هـ.ق، ص ۳۲۴ و ۳۷۷ و ۴۶۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ص ۱۹۹؛ سبحانی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۴۲) فقها کوشیده‌اند تا تعریف جامعی از مدعی و منکر ارائه بکنند، ولی در این راه به اتفاق نظر نرسیده‌اند، برخی از این تعاریف با برخی دیگر از لحاظ مصداق سازگاری دارند ولی با برخی دیگر ظاهراً سازگار نبوده، میان آنها از نظر مصداق تعارض وجود دارد. از بیان فقها تعاریف ذیل به دست می‌آید:

الف - المدعی هو الذی یترک لو ترک الخصومه

مدعی کسی است که اگر ترک مرافعه و خصومت کند و سکوت اختیار نماید کسی با او کاری ندارد و متعرض وی نمی‌شود و در مقابل منکر کسی است که با ترک مخاصمه و اختیار سکوت، از او دست برنمی‌دارند و مورد تعقیب واقع می‌شود. به عبارتی دیگر، مدعی کسی است که وجود عین یا دینی را بر طرف مقابل ادعا می‌نماید و از دادگاه الزام او را به خواسته‌ی خویش می‌خواهد و مدعی علیه در مقابل اوست، دعوا را رد نموده، اشتغال ذمه‌ی خویش را به خواسته‌ی مدعی منکر می‌گردد. (سمرقندی، بی تا، ص ۱۸۲؛ حلی، سال ۱۴۰۵ هـ.ق، ص ۵۳۱؛ قدامه، بی تا، ص ۱۶۲؛ علامه، ۱۳۸۹ هـ.ق، ص ۳۲۳؛ بهوتی، بی تا، ص ۴۸۹؛ حصفکی، سال ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۶؛ منهجی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۳۹۵؛ عاملی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص ۱۰۹؛ سابق، ۱۳۹۱ هـ.ق، ص ۴۱۸) انکار منکر در برابر ادعای مدعی از قبیل قبول در برابر ایجاب است (چنانچه قبول متأخر و متفرع بر ایجاب است) انکار نیز از لحاظ رتبه متأخر از ادعا و متفرع بر دعوا است. بنابراین منکر بودن شخص، متفرع بر وجود مدعی است که چیزی را علیه او ادعا نماید. پس اگر مدعی دست از ادعای خویش بردارد، دیگر نه مدعی در بین خواهد بود و نه منکر.

مقصود فقها از تعریف مدعی به « لو ترکُ تُرک » همین است، این تعریف از مدعی، با آن چه که عرف از آن می‌فهمد موافق است. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۱۰۹)

اثر این تعریف به طور ضمنی از مفاد مواد ۱۹۷ و ۱۹۸ ق.آ.د.م.مصوب ۱۳۷۹، نیز به خوبی بر می‌آید، زیرا احکام این دو ماده، خطر دلیل نیاوردن مدعی حق یا ایفای آن را یاد آور می‌شود که، در مورد نخست، اصل برائت خوانده و، در مورد دوم، اصل بقای آن است (اصل استصحاب). به بیان دیگر، دعوا هیچ موقعیتی را تغییر نمی‌دهد. ممکن است اشکال شود که این تعریف در مورد تداعی صادق نیست، زیرا در تداعی همواره با ترک دعوا از سوی مدعی منازعه خاتمه نمی‌یابد. پاسخ این است که در تداعی فی الواقع، دو دعوا مطرح است. در یکی شخص، مدعی و طرف مقابل منکر است و در دعوی دیگر عکس آن است. در چنین حالتی در خصوص هر یک از دعاوی، اگر مدعی ترک دعوا نماید، کسی متعرض او نخواهد شد. اما در خصوص دعوی طرف مقابل ترک دعوا سبب خلاصی وی نمی‌گردد. زیرا در این دعوا او منکر است نه مدعی. مثلاً اگر «الف» مدعی گردد که «ب» به او مدیون است و «ب» نیز مدعی گردد که «الف» مال او را غصب کرده است و تقاضای استرداد مال خویش را بنماید، در این وضعیت اگر «الف» از دعوا خویش در خصوص دین منصرف شود در آن دعوا کسی متعرض او نخواهد شد؛ اما در خصوص دعوی غصب که او منکر بوده است ترک دعوی او تأثیری نخواهد داشت و بسا متعرض او خواهد بود. زیرا در این دعوا «ب» مدعی است و «الف» منکر است.

ب - المدعی هو من قوله مخالف للاصل

مطابق این تعریف مدعی کسی است که قولش مخالف با اصل باشد و در مقابل، کسی که قولش با اصل موافق باشد، منکر است. (آشتیانی، ۱۴۰۴ ه. ق.، ص ۳۳۲؛ طوسی، بی تا، ص ۲۵۶ - برای دیدن بحث منقح در فقه، نک، مروارید، سال ۱۴۱۳ ه. ق.، ص ۲۵۲؛ در حقوق فرانسه نیز، نک، گو بو و ریپر، فرهنگ حقوق مدنی دالوز، ش ۱۰۶، به نقل از، کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۶۵) منظور از اصل در این تعریف صرفاً اصل برائت یا اصل عدم نمی‌باشد بلکه مراد تمام اصول و قواعد معتبری است که بر حسب مورد ممکن است جاری باشد، خواه اصل عدمی، مانند اصل عدم و اصل برائت و خواه اصل وجودی مثل استصحاب، اصالة الصّحة و یا قاعده‌ی ید باشد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۱۱۱).

بنابراین در موردی که شخصی مالی را به صورت امانت در دست دارد و مال تلف گردد و مالک مال، بدل مال را مطالبه کند، در این وضعیت مالک مدعی است زیرا امین به موجب «قاعده‌ی ایتمان» مسؤول نیست مگر در موارد تعدی یا تفریط. بنابراین قول مالک بر خلاف اصل ایتمان است و او مدعی است و امین منکر و تنها یمین بر او لازم است. یا مثلاً در موردی که بین متعاملین اختلاف ایجاد می‌شود و یکی ادعای صحّت معامله را دارد و دیگری ادعای فساد آن را، مدعی فساد، در دادرسی مدعی شناخته خواهد شد. زیرا قول او مخالف با اصل صحّت می‌باشد. گرچه از سوی دیگر قول او موافق اصل عدم نقل و انتقال است. ولی این اصل، محکوم اصل صحّت است پس قول صحّت معامله، موافق اصل غیر محکوم است و از اقامه‌ی بیّنه بی‌نیاز خواهد بود.

ج - المدعی هو من قوله مخالف للظاهر

مطابق این تعریف، کسی که قول او مخالف ظاهر باشد مدعی است و در مقابل منکر کسی است که قولش مطابق ظاهر است. (انصاری، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۳۹۷؛ برای مطالعه‌ی بیشتر، نک، مروارید، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۲۵۲ به بعد). مراد از ظاهر، ظاهر حال مردم مسلمان است. مانند آن که زنی در دادگاه ادعا کند که شوهرش نفقه‌ی وی را نمی‌دهد، به موجب این معیار، زن باید ادعای خود را اثبات نماید، چرا که ظاهر حال مردم مسلمان در جامعه اسلامی ادای نفقه زوجه است، نه ترک آن. لازم به ذکر است که مراد از «ظهور» در این تعریف ظهور شخصی حاصل از عدالت مدعی یا موثق بودن او به هر دلیل دیگری نمی‌باشد بلکه منظور «ظهور نوعی» است زیرا حجیت امارات و ادله دائر مدار ظن شخصی نیست.

د - المدعی هو من قوله مخالف للظاهر أو للاصل

بر طبق این تعریف، مدعی کسی است که قول او مخالف ظاهر یا اصل است (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۵۹۹؛ برای مطالعه‌ی بیشتر، نک، مروارید، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۲۵۲ به بعد) و در مقابل، منکر کسی است که قولش مطابق ظاهر یا اصل باشد. و چنان که اشاره شد مراد از ظاهر، ظاهر حال مردم است یعنی ظهور، ظهور نوعی است و نیز منظور از اصل تمام اصول و قواعد معتبری است که بر حسب مورد ممکن است جاری باشد، خواه اصل عدمی، مانند اصل براءت و خواه اصل وجودی مثل استصحاب، اصالة الصّحّه و قاعده‌ی ید باشد.

هـ - المدعی هو من قوله مخالف للحجه

مطابق این تعریف کسی که قول او با حجّت فعلیه مخالف باشد ، مدعی است ، گرچه قولش با حجّت غیر فعلیه مثلاً با « اصل » موافق باشد . (بجنوردی ، ۱۴۱۹ هـ . ق ، ص ۸۱ ، و برای مطالعه‌ی بیشتر ، نک ، مروارید ، ۱۴۱۳ هـ . ق ، ص ۲۵۲ به بعد) . مانند آن که شخصی ادعا نماید گوشتی که در بازار است مطابق با شرع ذبح (تذکّیه) نشده است و در نتیجه مدعی فساد معامله با فروشنده آن گردد . این شخص اگر چه قولش با اصل عدم (اصاله عدم التذکّیه یا استصحاب عدم ازلی تذکّیه) موافق است ، مع ذلک مدعی است . زیرا بازار ، بازار مسلمین است و بودن گوشت در سوق المسلمین اماره بر ذبح شرعی (تذکّیه) است . و با وجود اماره دیگر تبعداً موضوعی برای اجرای اصل باقی نمی‌ماند ؛ به عبارت دیگر اماره حاکم بر اصل است ، یعنی این اماره ، سوق است که حجّت فعلی می‌باشد نه اصل عدم تذکّیه . بنابراین . مدعی فساد معامله به دلیل عدم تذکّیه ، چون قولش مخالف با حجّت فعلیه (اماره سوق المسلمین) است ، مدعی محسوب می‌گردد . بنابر معیار مزبور ، مدعی فساد در معاملات اگر چه قولش موافق با اصل عدم نقل و انتقال است ؛ مع ذلک مدعی است . زیرا ادعای فساد معامله مخالف با اصاله الصّحّه است و حجّت فعلیه ، اصاله الصّحّه است زیرا اصاله الصّحّه حاکم بر اصل عدم نقل و انتقال است .

و - مرجع شناخت مدعی ، عرف است

مطابق این ضابطه ، برای تشخیص مدعی و مدعی علیه باید به عرف مراجعه کرد و عرف است که تعیین می‌کند مدعی و مدعی علیه چه کسی است . (حلّی ، بی‌تا ، ص ۸۸ ؛ نراقی ، ۱۴۱۹ هـ . ق ، ص ۱۳۹ ؛ بحرالعلوم ، ۱۴۰۳ هـ . ق ، ص ۳۷۱ ؛ نجفی ، ۱۹۸۱ م . ، ص ۳۷۱ ؛ اعرج ، ۱۴۱۶ هـ . ق ، ص ۴۷۲ ؛ شیرازی ، ۱۳۷۰ هـ . ش ، ص ۳۴۳ ؛ مطهری ، ۱۴۰۸ هـ . ق ، ص ۴۶ ؛ مؤمن قمی ، ۱۳۸۰ ، ص ۱۲۱) زیرا مرجع در تشخیص مفاهیم الفاظ ، عرف است و شارع برای بیان احکام به مکلفین طریق و روش خاصی اختراع ننموده است . بلکه طریق او برای بیان احکام همان طریق عرف در گفتگوهایشان به هنگام افاده و استفاده می‌باشد . بنابراین وقتی پیامبر (ص) فرموده است ، « البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر » ناگزیر برای فهم این حدیث باید به عرف مراجعه کرد . زیرا که خطابات شرعی در محاورات شارع بر طبق فهم عرف و محاوره عرفی است . پس در دادرسی نیز ، منظور از عرف ، عرف قضایی است ، یعنی در هر اوضاع و

احوال خاص باید مدعی را شناخت و قاعده‌ای در این زمینه وجود ندارد. ضابطه‌های پیشنهاد شده، در عین حال که مفید هستند و از دشواری تمیز مدعی از منکر می‌کاهد، ولی کلید همه‌ی ابهامها نیست: به عنوان مثال، در فرضی که پرداخت کننده مدعی است که دین خود را ادا کرده است و گیرنده ادعا دارد که آن را به عنوان هبه پذیرفته است، نمی‌توان به استناد ظهور و اصل و سیر طبیعی و متعارف امور مدعی را تمیز داد و ناچار باید خواهان را مدعی شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۶۵). این نکته را باید افزود که ایجاد مرز قاطع میان مدعی و منکر، از جهت تحمل بار اثبات دلیل بیشتر چهره‌ی نظری دارد. زیرا، نه تنها در جریان دادرسی ممکن است بارها جای مدعی و منکر تغییر کند و در نمایش قضایی نقش مدعی به خواننده و نقش منکر به خواهان واگذار شود، حالتی که خواننده به طور کامل بی‌نیاز از دلیل باشد نادر است و، در عمل، تقابل دو طرف به گونه‌ای است که هر دو به این سلاح احساس نیاز می‌کنند؛ چنان که در معاملات نیز تقسیم ایجاب و قبول میان دو طرف قاطع نیست و فروشنده کالا ممکن است از جهت‌ی گوینده‌ی ایجاب و از جهت دیگر پذیرنده‌ی آن باشد. به ویژه در نظام کنونی که دادرس در تحقیق آزادی دارد و بی‌طرف کامل نیست، هیچ خواننده‌ای از نیاز به اقامه‌ی دلیل آسوده خاطر نیست. به بیان دیگر، جستجوی واقعیت، تلاش مشترک دو طرف دعوا و دادرس است و هیچ‌گاه اختصاص به یکی از آنها نمی‌یابد.

۵-۴ - مجرای قاعده

قاعده‌ی بار اثبات دلیل علی‌الاصول روش دادرسی در دعاوی مدنی است و در دعاوی جزایی و کیفری که جنبه‌ی حق‌الله محض دارد به هیچ وجه به کار نمی‌رود؛ زیرا در دعاوی جزایی حق‌الله محض مدعی و منکر وجود ندارد و شیوه‌ی رسیدگی بر نحوه‌ی دیگری است، البته باید دانست که بعضی از جرایم که در حقوق امروز از جمله مسایل کیفری محسوب می‌شود در فقه از جمله مسایل مدنی محسوب و به روش مدنی ممکن است رسیدگی شود، مثلاً قتل در حقوق امروز از مسایل جزایی است بدین معنی که قتل جرم است و مرتکب آن به کیفر می‌رسد. باید توجه داشت مجرای قاعده بار اثبات دلیل شامل قضایای «حق‌الله محض نمی‌باشد؛ به این معنی که در این گونه قضایا مدعی و منکری وجود ندارد تا از مدعی بینه، و در فرض عدم اقامه‌ی دلیل توسط وی از منکر، یمین خواسته شود. بلکه به موجب نصوص شرعی‌ی «لایمین

فی الحدود» در موارد حدّ، چنانچه متّهم منکر گردد، نه از وی سوگند مطالبه می‌شود؛ و نه حدّ بر وی جاری خواهد شد (طبرسی، ۱۴۰۹ ه. ق، ص ۳۶۷). چرا که با توجّه به تعریف قضاء «القضاء هو فصل الخصومت بین المتخاصمین» قضاء صرفاً در موردی مصداق دارد که خصومت میان دو نفر وجود داشته باشد و دعوا طرفین داشته باشد و در حقّ الله محض به هیچ وجه چنین نیست این گونه تصمیمات در نظام اسلامی از وظایف اجرایی حاکم است و در پیشینه‌ی تاریخی به دست «محتسب» انجام شده است. ولی در جرایمی که جنبه‌ی حقّ الله محض ندارند، قاعده‌ی بار اثبات دلیل به علت دو قاعده مهمّ «اصل برائت» و «تکلیف مرجع قضایی در کشف حقیقت در امور کیفری» به مراتب سنگین‌تر از دعاوی مدنی است.

۵-۴ - استثنائات قاعده

بر قاعده‌ی بار اثبات دلیل (قاعده‌ی «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر») استثنائات متعدّدی در امور حقوقی وارد شده است. مطابق این استثنائات بر خلاف قاعده از مدعی بینه مطالبه نمی‌گردد، یا ادای سوگند از جانب مدعی کفایت می‌کند یا از منکر بینه طلب می‌شود. اینک اهمّ این استثنائات را در امور حقوقی بررسی می‌کنیم.

۱-۵-۴ - در مورد امین

اگر در عقد ودیعه، مال نزد امین یا مستودع تلف شود صرف ادعای او بر عدم تعدی یا تفریط (تقصیر)، پذیرفته شده و از او بینه مطالبه نمی‌شود بلکه مطابق قاعده فقهی «لیس علی الامین الا یمین» تنها سوگند بر عهده‌ی اوست (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۰۲) گفته شده است که این یک استثنا بر قاعده‌ی «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» می‌باشد. برای ردّ این مطلب باید گفت که: به موجب قاعده‌ی «ایتمان» امین مسؤول نیست مگر در صورت تعدی و تفریط و اصل عدم تعدی و تفریط است. بنابراین اگر مالک مدعی است که امین مرتکب تعدی یا تفریط شده است، بر عهده‌ی اوست که بینه اقامه کند. پس از آنجا که قول امین موافق با اصل است (و مخالف با حجّت فعلیه نیست) و نیز این که مالک به خواستن امری علیه امین دعوایی را طرح کرده، مالک مدعی است و در نتیجه مکلف به اقامه‌ی بینه می‌باشد و امین منکر است و تکلیفی جز ادای سوگند ندارد. بر این اساس، استثنایی بر کلیت قاعده نمی‌باشد.

۲-۵-۴ - ادعای مستودع به ردّ عین

مشهور فقهای امامیه عقیده بر این دارند که ادعای ردّ ودیعه از جانب مستودع (امین) به مالک (مودع) با وجود انکار مالک، بدون نیاز به اقامه‌ی بینه پذیرفته می‌شود. در حالی که فقهای امامیه در سایر امانات مالی چنین اعتقادی ندارند و لذا اگر مستعیر (عاریه گیرنده) ردّ عاریه را ادعا کند. یا مستأجر ردّ عین مستأجره را ادعا نماید، یا مرتهن مدّعی ردّ عین مرهونه گردد؛ یا وکیل ادعا کند آن چه را که وی وکیل در فروش آن شده است پس داده است، ادعای هیچ کدام بدون اقامه‌ی بینه پذیرفته نمی‌شود. بدین ترتیب پذیرفتن قول مستودع (امین) بدون اقامه‌ی بینه استثنای و تخصیصی بر جمله‌ی (البینه علی المدّعی) قاعده است.

۳-۵-۴ - سوگند استظهاری

یکی از استثنائات دیگر قاعده البینه (قاعده بار اثبات دلیل) سوگند استظهاری است چرا که مطابق قاعده البینه، بینه بر عهده‌ی مدعی است و سوگند با طرف مقابل یعنی منکر است ولی در سوگند استظهاری مدعی علاوه بر اقامه بینه باید سوگند هم یاد کند. استظهار در اصطلاحات فقهی و حقوقی، دو معنی دارد: یکی به معنی در جستجوی ظاهر عبارتی بر آمدن و دیگری به معنی پشتیبانی و حمایت کردن (حمیتی واقف، ۱۳۸۷، ص ۱۸۱). در حقوق ایران، سوگند استظهاری ابتدا در جلد سوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ه.ش، در ماده‌ی ۱۳۳۳ ق.م. و سپس در ماده‌ی ۲۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ پیش‌بینی گردید. اما سوگند استظهاری در قانون مدنی تفاوت‌های بنیادین با سوگند استظهاری در قانون آیین دادرسی مدنی دارد سوگند استظهاری سوگندی است که مدّعی در موارد خاص علاوه بر آوردن دو گواه عادل، بایستی برای بقای حقّ خود، یاد نماید. آن موارد عبارت است از: دعوای بقای حق علیه غایب، متوفّی، طفل و مجنون. در فقه امامیه، در خصوص اینکه آیا سوگند استظهاری مختص دعوای بر میت است یا شامل دعوای علیه غایب، طفل و مجنون هم می‌شود اختلاف نظر است ولی همه فقها اتفاق نظر دارند که در دعوای بر میت سوگند استظهاری باید یاد شود. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۱۰۱) توجیهی که برای حجّیت چنین سوگندی ارائه شده همان است که در متن نصوص در مورد دعوای علیه متوفّی وارد شده است به این مضمون که «انه الانسان له للجواب فیستظهر الحاکم بها» چون متوفّی حاضر نیست تا به ادله‌ی مدّعی پاسخ دهد، لذا حاکم دادگاه به وسیله‌ی سوگند دادن مدّعی دلایل وی را پشتیبانی می‌کند. واژه‌ی

استظهار (پشتیبانی کردن) از همین متن گرفته شده و به مکتب فقهی و حقوقی وارد گردیده است. بسیاری از فقیهان امامیه دعوی بقای حق علیه غایب، طفل و مجنون را به مورد متوقی ملحق نموده‌اند و برای آن که، اتهام عمل به قیاس که در فقه شیعه مورد تأیید نیست، به آنان وارد نگردد گفته‌اند، الحاق موارد مزبور نه از باب قیاس است بلکه از باب «اتحاد طریق دو مسأله است». این استدلال قابل انتقاد است چرا که متوقی با موارد دیگر یعنی غایب، صغیر و مجنون تفاوت دارد و طریق دو مسأله واحد نمی‌باشد. تفاوت آن است که فوت نموده است امکان پاسخ‌گویی از وی سلب شده است، لذا مدعی باید ادعای خود را علیه متوقی با سوگند تقویت نماید. ولی شخص غایب، صغیر، و یا مجنون، پس از حضور و یا رفع حجر می‌تواند چنانچه مدعی خلاف واقع دلایل اقامه نموده باشد پاسخ دهد (موسوی خویی، ۱۹۷۵ میلادی، ص ۲۲).

افزون بر آن، این سوگند، خلاف قاعده‌ی بینه است که به موجب آن سوگند همواره توسط مدعی علیه باید ادا شود. بنابراین قویترین نظر آن است که این حکم مختص به مورد متوقی است و به موارد دیگر شمول سرایت نمی‌کند. در حقوق ایران، سوگند استظهاری ابتدا در جلد سوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ هـ. ش، و سپس در آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ پیش‌بینی گردید. اما سوگند استظهاری در قانون مدنی تفاوت‌های بنیادین با سوگند استظهاری در قانون آیین دادرسی مدنی دارد.

۴-۵-۴ - ارائه بینه از سوی مدعی پس از سوگند مدعی علیه

هرگاه مدعی پس از اتیان سوگند توسط مدعی علیه، بخواهد اقامه بینه کند، قبول چنین بینه ای مورد اختلاف فقهاست و نظریات مختلفی در این زمینه ارائه شده است (جهت مشروح نظرات، نک: محقق داماد، ۱۳۸۱، صص ۹۳ تا ۹۵). بر فرض اینکه چنین بینه ای مسموع شود خلاف قاعده البینه خواهد بود.

۴-۵-۵ - سوگند رد شده از طرف مدعی علیه

منظور از نکول حالتی است که منکر، پس از پیشنهاد سوگند صریحاً اظهار می‌دارد، من نه سوگند می‌خورم و نه سوگند را به مدعی رد می‌کنم یا سوگند او را هم نمی‌پذیرم. در مورد حکم این حالت میان فقها اختلاف نظر وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۱، صص ۹۳ تا ۹۵) ولی نظری که با انضباط و احتیاط قضایی

نزدیک تر است آن است که به محض نکول مدعی علیه از ادای سوگند، حکم علیه وی صادر نمی شود بلکه حاکم دادگاه، سوگند را به مدعی رد می کند و چنانچه او حاضر شد سوگند یاد کند، حکم به نفع مدعی و علیه مدعی علیه صادر خواهد شد. اتیان سوگند در این حالت نیز یک استثنایی بر قاعده البینه « بار اثبات دلیل » است.

نتیجه گیری و پیشنهادات :

بنابر آنچه گفتیم موارد زیر را می توان به عنوان نتیجه و پیشنهاد ذکر کرد :

۱- در حقوق ایران آنچه شایسته بود به قاعده ی بار اثبات دلیل پرداخته نشده است . در قوانین و مقررات موضوعه فقط سه ماده برای این امر اختصاص داده شده است . (ماده ی ۱۲۵۷ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ، ماده ی ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و بند ۱ ماده ی ۲۴ قواعد دیوان داوری ایران و آمریکا مصوب ۱۳۵۹) بنابر این جادارد که قانونگذار در اصلاحات آتی، مقررات متعدّد و نسبتاً مشروحو برای قاعده ی بار اثبات دلیل مقرر کند .

۲- درباره ی اینکه مدعی و منکر کیست ؟ در قوانین از آن تعریفی به عمل نیامده است و در بین فقها و علمای حقوق اختلاف نظر است هر یک کوشیده اند تا تعریف جامعی از مدعی و منکر ارائه بکنند، لیکن در این راه به اتفاق نظر نرسیده اند. ولی می توان گفت مدعی، هر یک از اصحاب دعواست که اظهار او خلاف اصل باشد و یا خلاف امری باشد که قانونگذار وجود آن را فرض نموده است. با این تعریف جایگاه مدعی علیه هم مشخص می شود.

۳- اجرای دقیق قاعده ی « بار اثبات دلیل » نه تنها شناسایی مدعی را در هر دعوایی ایجاب می نماید بلکه باید مشخص شود که این موضع او (به عنوان مدعی) تا چه زمانی استمرار دارد .

۴- بر پایه قاعده « البینه علی المدعی واليمين علی من أنکر » مدعی باید ادعای خود را اثبات نماید تفاوتی نمی نماید که خواهان یا خواننده دعوا باشد. بنابر این فراهم آوردن و ارائه دلیل برعهده ی مدعی و یا به تعبیر دیگر « بار دلیل بر دوش مدعی » است.

۵- متأسفانه قانونگذار متوجه تفاوت بین خواهان و مدعی از یک سو و خوانده و مدعی علیه از سوی دیگر نشده است و به جای انتقال بار اثبات دعوا و تعیین مسؤول اثبات واقعه، از انقلاب خواهان و خوانده سخن می گوید. در حالی که خواهان هیچ ملازمه‌ی ضروری با مدعی ندارد و خوانده نیز همیشه مدعی علیه نیست؛ خواهان کسی است که دادخواست خود را تقدیم دادگاه می کند و ممکن است برحسب قواعد، مسؤولیت اثبات و ارائه‌ی دلیل را داشته یا نداشته باشد. خوانده نیز با بیان امری که نیازمند اثبات است، تبدیل به خواهان نمی شود بلکه در مقام مدعی خواهد بود این اختلاط قانونگذار قابل بخشش و توجیه نیست و جایگاه ماده‌ی ۲۵۷ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹، در بحث « سوگند » نیز چهره‌ی مخدوش این عملکرد قانونی را تصحیح نمی کند. بنابراین پیشنهاد می شود که در اصلاحات قانون آیین دادرسی مدنی این اشتباه رفع گردد.

۶- پیشنهاد می شود که قاعده‌ی بار اثبات دلیل به دو قاعده‌ی جزئی تر تجزیه شود: نخست - تکلیف ارائه‌ی دلیل برای ارکان دعوا دوم - تکلیف قانع کردن دادرس و تحمّل خطر ناشی از عدم قناعت او بر وجود حق. این تحلیل و استخراج دو تکلیف اقامه‌ی دلیل و اقناع دادرس، موقعیت مدعی و منکر را در دادرسی روشن می کند. زیرا نشان می دهد که، نه تنها مدعی باید بار اثبات دلیل را به دوش کشد، خطر قانع نشدن دادرس به عهده‌ی اوست: منکر، در پناه اصول و قرائن آسوده خاطر است و مدعی نگران از اینکه قناعت دادرس را به دست نیاورد و در دعوا شکست بخورد چراکه امری خلاف ظاهر و اصل را ادعا می کند.

۷- طبق قاعده‌ی بار اثبات دلیل، علی‌الاصول مدعی باید برای اثبات ادعای خود دلیل بیاورد ولی ممکن است از منکر خواسته شود که برای تأیید موقعیت ممتازی که در دادرسی پیدا کرده است دلیلی بدهد و در فقه این دلیل سوگند است. قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز سوگند منکر را مقرر کرده است؛ منتهی، هنوز هم این حکم همانند فقه در زمره‌ی قواعد عمومی نیست و اغلب قوانین مدنی از تحمیل چنین سوگندی خودداری می کنند و به آثار منطقی قواعد اثبات پای بند هستند و متأسفانه رویه‌ی قضایی هم از آن استقبال نمی کند.

فهرست منابع :

الف - منابع فارسی :

- ۱- جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ، ج ۲ ، چ ۲ ، تهران ، انتشارات کتابخانه گنج دانش ، ۱۳۸۱
- ۲- جمعی از نویسندگان، ادله اثبات دعاوی کیفری، چ ۱ ، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم رضوی ، ۱۳۸۲
- ۳- حمیتی واقف ، احمد ، ادله اثبات دعوی ، چ ۱ ، تهران ، نشر حقوقدان و دانش نگار ، ۱۳۸۷
- ۴- خدابخشی، عبدالله، استقلال و پیوند حقوق مدنی و حقوق کیفری، چ ۱، تهران، نشر فکر سازان، ۱۳۸۴
- ۵- خلیلیان ، خلیل ، دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان داوری لاهه ، چ ۱ ، تهران ، انتشارات شرکت سهامی انتشار ، ۱۳۸۲
- ۶- شمس ، عبدالله ، ادله اثبات دعوی ، چ ۱ ، تهران ، انتشارات دراک ، ۱۳۸۷
- ۷- شمس ، عبدالله ، آیین دادرسی مدنی ، ج ۳ ، چ ۱ ، تهران ، انتشارات دراک ، ۱۳۸۴
- ۸- عمروانی، رحمان ، تعارض ادله اثبات دعوا (امور حقوقی)، چ ۱، تهران، انتشارات فکر سازان، ۱۳۹۰
- ۹- کاتوزیان ، ناصر ، اثبات و دلیل اثبات ، ج ۱ ، چ ۱ ، تهران ، انتشارات میزان ، ۱۳۸۰
- ۱۰- گلدوزیان ، ایرج ، ادله اثبات دعوا ، چ ۱ ، تهران ، انتشارات میزان ، ۱۳۸۲
- ۱۱- متین دفتری ، احمد ، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی ، ج ۲ ، چ ۲ ، تهران ، انتشارات مجد ، ۱۳۸۱
- ۱۲- محبی ، محسن ، بیانیه های الجزایر ، چ ۱ ، تهران ، انتشارات خط سوم ، ۱۳۷۸
- ۱۳- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۳، چ ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱
- ۱۴- محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، چ ۱۰، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲
- ۱۵- منصوری، سعید، فقه تطبیقی - ادله اثبات دعوا، چ ۱، تهران، انتشارات فرهنگ امروز، ۱۳۷۷

ب - منابع عربی :

- ۱- آشتیانی ، محمد حسن ، قضاء ، ج ۲ ، قم ، انتشارات دارالهجره ، ۱۴۰۴ هـ.ق.
- ۲- آل بحر العلوم ، محمد ، بلغه الفقیهه ، ج ۴ ، چ ۴ ، تهران ، انتشارات مکتبه الصادق (ع) ، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- ۳- الأعرج ، عمیدالدین عبد المطلب بن محمد ، کنز الفوائد فی حل مشکلات قواعد ، ج ۲ ، چ ۱ ، قم ، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی ، ۱۴۱۶ هـ.ق.
- ۴- ابن العلامه ، فخر المحققین ، ایضاح الفوائد ، ج ۴ ، چ ۱ ، قم ، انتشارات مؤسسه اسماعیلیان ، ۱۳۸۹ هـ.ق.
- ۵- البهوتی ، منصور بن یونس ، کشف القناع ، ج ۶ ، چ ۱ ، بیروت ، انتشارات دار الکتب العلمیه ، بی تا
- ۶- الحسینی المراغی ، عبدالفتاح ، عناوین ، ج ۲ ، چ ۱ ، قم ، مؤسسه نشر اسلامی ، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۷- الحصفکی ، علاء الدین ، الدرالمختار ، ج ۸ ، بی جا ، بیروت ، انتشارات دارالفکر ، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- ۸- الطوسی ، ابی جعفر محمد بن حسن ، المبسوط فی فقه الامامیه ، ج ۸ ، بی جا ، قم ، نشر مرتضوی ، بی تا
- ۹- الکیدری ، قطب الدین محمد بن حسین ، إصباح الشیعه بمصباح الشریعه ، چ ۱ ، قم ، انتشارات مؤسسه الإمام الصادق (ع) ، ۱۴۱۶ هـ.ق.
- ۱۰- النوری الطبرسی ، حسن ، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل ، ج ۱۷ ، چ ۲ ، بیروت ، انتشارات مؤسسه آل بیت (ع) لإحياء التراث العربی ، ۱۴۰۹ هـ.ق.
- ۱۱- بجنوردی ، محمد حسن ، القواعد الفقیهیه ، ج ۳ ، چ ۱ ، قم ، انتشارات الهادی ، ۱۴۱۹ هـ.ق.
- ۱۲- حرّ عاملی ، محمد بن حسن ، وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه ، ج ۱۸ ، چ ۳ ، بیروت ، انتشارات داراحیاء التراث العربی ، ۱۳۷۸ هـ.ق.
- ۱۳- حلّی ، علامّه ، تحریر الاحکام ، ج ۲ ، بی جا ، مشهد ، انتشارات مؤسسه آل بیت (ع) ، بی تا
- ۱۴- حلّی ، یحیی بن سعید ، جامع للشرایع ، ج ۱ ، بی جا ، قم ، انتشارات مؤسسه سیدالشهداء ، ۱۴۰۵ هـ.ق.
- ۱۵- سابق ، سید ، فقه السنه ، ج ۳ ، چ ۱ ، بیروت ، انتشارات دارالکتب العربی ، ۱۳۹۱ هـ.ق.

- ۱۶- سبحانی ، جعفر ، نظام القضاء و الشهاده فى الشرعيه الإسلاميه الغراء، ج ۲ ، چ ۱، قم ، انتشارات مؤسسه الإمام الصادق (ع) ، ۱۴۱۸ هـ.ق
- ۱۷- سمرقندی ، علاءالدين ، تحفه الفقهاء ، ج ۳ ، چ ۲ ، بيروت ، انتشارات دارالكتب العلميه، بی تا
- ۱۸- شهيد اول، الدروس الشرعيّه فى الاماميه ، ج ۳ ، چ ۱، قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۱۴ هـ.ق
- ۱۹- فهدالحلى ، علامه جمال الدين احمد بن محمد ، المذهب البارع فى شرح مختصر المنافع ، ج ۴ ، بی چا ، قم ، انتشارات مؤسسه نشر اسلامى ، ۱۴۱۲ هـ.ق
- ۲۰- عاملی، حسینی، مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلماء، ج ۲۰ ، چ ۱ ، بيروت ، انتشارات دار احیاء التراث العربی ، ۱۴۱۸ هـ.ق
- ۲۱- مكارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهيّه، ج ۲، چ ۵، قم، انتشارات مدرسه امام على (ع)، ۱۳۷۰ هـ.ش
- ۲۲- مطهری، احمد، مستند تحرير الوسيله امام خمینی، بی چا، قم ، انتشارات استاد مطهری ، ۱۴۰۸ هـ.ق
- ۲۳- مروارید، على اصغر، سلسله الینایع الفقهيّه، ج ۱۱، چ ۱، قم، انتشارات مؤسسه فقه الشيعه، ۱۴۱۲ هـ.ق
- ۲۴- مروارید، على اصغر، سلسله الینایع الفقهيّه، ج ۲۳ ، چ ۱، قم، انتشارات مؤسسه فقه الشيعه، ۱۴۱۳ هـ.ق
- ۲۵- مصطفوی ، محمد كاظم ، القواعد (مائه قاعده فقهيّه) چ ۴ ، قم ، مؤسسه نشر اسلامى ، ۱۴۲۱ هـ.ق
- ۲۶- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه القضاء، چ ۱، قم انتشارات منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۰۸ هـ.ق
- ۲۷- موسوی خویی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، بی چا، نجف، انتشارات مطبعه الآداب، ۱۹۷۵م
- ۲۸- مؤمن قمی ، محمد ، مبانی تحرير الوسيله امام خمینی ، ج ۱ ، چ ۱ ، قم ، انتشارات مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی ، ۱۳۸۰
- ۲۹- نراقی ، محقق ، مستند الشيعه ، ج ۱۹ ، چ ۱ ، مشهد ، انتشارات مؤسسه آل بيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۹ هـ.ق
- ۳۰- نجفی، محمدحسن ، جواهر الكلام، ج ۴۰ ، چ ۷ ، بيروت ، انتشارات داراحیاء التراث العربی ، ۱۹۸۱م